



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Corso Unione Sovietica, 218/bis

10134 TORINO

tel. 011-6706123 - fax 011-6706122

Torino, 30 maggio 2007

Spett.le

Comunità montana delle Valli Gesso e Vermenagna

Piazza Roma, 12

Robilante (CN)

Quesito: Modalità e procedimento per l'affidamento con procedura negoziata di un appalto di lavori di importo non superiore a € 100.000 a seguito del rinvio al 1° agosto 2007 dell'entrata in vigore delle relative disposizioni del codice dei contratti pubblici. Parere.

1. Premessa

Il quesito posto riguarda l'individuazione della disciplina giuridica e del procedimento applicabile per l'affidamento con procedura negoziata (trattativa privata) di un appalto di lavori di importo non superiore a € 100.000, a seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, *Disposizioni correttive ed*



integrative del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture che, modificando il d.lgs.. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, rinvia al 1° agosto 2007 l'entrata in vigore degli art. 56 e 57, d.lgs.. n. 163/2006 e ne sospende l'efficacia abrogativa con riferimento alle corrispondenti e previgenti disposizioni di cui alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, Legge quadro in materia di lavori pubblici e al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni.

2. La disciplina normativa della procedura negoziata per la realizzazione di lavori di importo non superiore a € 100.000 nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, art. 121 e s., disciplina le procedure di aggiudicazione dei contratti di appalto pubblico di valore economico inferiore alle c.d. soglie di rilievo comunitario (il cui importo è definito dal d.lgs.. n. 163/2006, art. 28).

Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di importo inferiore alla c.d. soglia di diritto europeo sono sottoposte alla disciplina prevista per le procedure di aggiudicazione degli appalti di valore superiore alla c.d. soglia comunitaria, salvo le diverse previsioni espresse (d.lgs.. n. 163/2006, art. 121, che rinvia ai successivi art. 122 e s.) che riducono gli obblighi di pubblicità degli atti di gara (d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 2°-5° e 124, co. 2°-5°, che escludono gli



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

obblighi di pubblicità sovranazionali), i termini minimi previsti tra gli atti del procedimento di gara (d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 6° e 124, co. 6°), consentono di prevedere nel bando o nel capitolato l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse (d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 9° e 124, co. 8°) e definiscono i requisiti di qualificazione degli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi e forniture di importo inferiore alla c.d. soglia europea (d.lgs.. n. 163/2006, art. 124, co. 7°, che a tal fine rinvia all'emanando regolamento esecutivo del *Codice dei contratti pubblici*).

In particolare la disciplina sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori di importo inferiore alla cosiddetta soglia europea consente l'utilizzazione della procedura negoziata (o trattativa privata) se l'oggetto del contratto è di importo non superiore a € 100.000, IVA esclusa (d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 7° che riprende la disposizione di cui alla l. n. 109/1994, art. 24, co. *0a*, introdotto dalla legge 1 agosto 2002, n. 166, art. 7, co. 1°).

La procedura negoziata è un procedimento di scelta del contraente di carattere eccezionale rispetto alle procedure aperte e ristrette, poiché consente alle amministrazioni appaltanti di consultare «gli operatori economici da loro scelti» e di negoziare «con uno o più di essi le condizioni dell'appalto» (d.lgs.. n. 163/2006, art. 3, co. 40°). Per tale ragione la procedura negoziata è ammessa solo nei casi espressamente e tassativamente definiti dalla legge (d.lgs.. n. 163/2006, art. 56, 57 e art. 122, co. 7°) e dalle direttive europee in materia (direttiva del Parlamento e del Consiglio CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori,*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

di forniture e di servizi, art. 30-31; Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860 e da ultimo T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 5 aprile 2007, n. 1010; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781).

In relazione ai presupposti che giustificano il ricorso alla procedura negoziata, il procedimento di selezione del contraente può avere inizio con la pubblicazione di un bando di gara (d.lgs. n. 163/2006, art. 56) o con l'invito a presentare un'offerta ad almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti aventi idonea qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa con riferimento all'oggetto dell'appalto (d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 6°).

Per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di importo non superiore a € 100.000 con procedura negoziata non viene specificato se sia necessaria la pubblicazione di un bando di gara o se sia possibile avviare il procedimento con l'invio simultaneo dell'invito a presentare l'offerta ad almeno tre operatori economici (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 7°), individuando la scelta tra le due differenti modalità di svolgimento della procedura negoziata come espressione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione appaltante.

3. La disciplina transitoria della procedura negoziata per gli appalti pubblici di lavori di importo non superiore a € 100.000 risultante dalla normativa sopravvenuta e delle disposizioni integrative e correttive al *Codice dei contratti pubblici*.



Le norme transitorie garantiscono la continuità normativa tra la precedente e la nuova disciplina rinviando l'entrata in vigore o sospendendo l'efficacia della nuova disciplina per un periodo di tempo determinato ed eventualmente regolando talune situazioni in considerazione di particolari esigenze temporanee proprie del periodo di transizione.

Per quanto qui di interesse, la norma transitoria può rinviare o sospendere l'efficacia della nuova disciplina (d.lgs. n. 163/2006 recante *Codice dei contratti pubblici*) e disporre l'ultrattività della disciplina precedente che, per un periodo di tempo limitato, si applica a taluni rapporti giuridici venuti ad esistenza successivamente alla sua abrogazione per effetto della nuova disciplina (c.d. periodo transitorio).

3.1 La sospensione dell'efficacia delle disposizioni del *Codice dei contratti pubblici* che disciplinano la procedura negoziata per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori.

L'entrata in vigore delle disposizioni disciplinanti la procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57), inizialmente prevista in data 1° luglio 2006 unitamente alle altre disposizioni del *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 257, co. 1°), è stata sospesa sino al 1° febbraio 2007 per effetto della legge 12 luglio 2006, n. 228 che in sede di conversione del d.l. 12 maggio 2006, n. 173, *Proroga di termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare e legislativa*, vi ha aggiunto l'art. 1-*octies*, che introduce nel d.lgs. n. 163/2006, art. 253 il comma 1-*ter* secondo cui



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

le menzionate disposizioni si applicano «alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007» (d.lgs.. n. 163/2006, art. 56) e «alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente al 1° febbraio 2007» (d.lgs.. n. 163/2006, art. 57).

Con un secondo intervento normativo, l'entrata in vigore delle disposizioni disciplinanti la procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (d.lgs.. n. 163/2006, art. 56-57) è stata ulteriormente rinviata al 1° agosto 2007: il d.lgs.. 26 gennaio 2007, n. 6, *Disposizioni correttive ed integrative del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della L. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004)*, art. 1 dispone infatti la sostituzione, nel d.lgs.. n. 163/2006, art. 253, co. 1-*ter*, del termine del 1° febbraio 2007 con quello del 1° agosto 2007.

Il d.lgs.. n. 163/2006, art. 56-57 è pertanto entrato in vigore nel periodo intercorrente dal 1° al 12 luglio 2006 (data di entrata in vigore della l. n. 228/2006 che ha introdotto l'art. 1-*octies* nel d.l. n. 173/2006); dal 12 luglio 2006 l'entrata in vigore delle disposizioni citate è stata sospesa sino al 1° agosto 2007, non ravvisandosi soluzione di continuità tra le previsioni di cui alla l. n. 228/2006, art. 1-*octies* (che sospendeva l'applicazione degli art. 56 e 57, d.lgs.. n. 163/2006 sino al 1° febbraio 2007) e al d.lgs.. n. 6/2007, art. 1 che ha modificato il d.lgs.. n. 163/2006, art. 253, co. 1-*ter* – sostituendo alle parole «1° febbraio 2007» le parole «1° agosto 2007» – con efficacia a decorrere dallo stesso 1° febbraio 2007 (d.lgs.. n. 6/2007, art. 5).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Il d.lgs.. n. 163/2006, art. 253, co. 1-*ter* come modificato dal d.l. n. 173/2006, art. 1-*octies* e dal d.lgs.. n. 6/2007, art. 1 prevede la sospensione dell'entrata in vigore delle disposizioni relative alla procedura negoziata con o senza pubblicazione di un bando di gara per gli appalti pubblici di lavori di cui al d.lgs.. n. 163/2006, art. 56-57 ma non menziona espressamente l'ipotesi della procedura negoziata per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di importo non superiore a € 100.000 (d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 7°), che, non essendo oggetto dell'efficacia sospensiva della citata normativa sopravvenuta, è da ritenersi in vigore dal 1° luglio 2006.

Le norme transitorie sono norme eccezionali e dunque soggette a stretta interpretazione (Cass., sez. I, 21 dicembre 1999, n. 14348). Non è pertanto ammissibile un'interpretazione estensiva o un'applicazione analogica (Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2003, n. 7221; Id., sez. IV, 14 gennaio 2003, n. 1547) che attribuisca al d.lgs.. n. 163/2006, art. 253, co. 1-*ter* il significato e l'effetto di sospendere tutte le disposizioni del *Codice dei contratti pubblici* riferite ad ipotesi di procedura negoziata per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori. Sulla base delle regole interpretative l'efficacia sospensiva della disciplina transitoria di cui al d.lgs.. n. 163/2006, art. 253, co. 1-*ter* andrebbe circoscritta alle sole disposizioni in esso espressamente e tassativamente indicate, tra le quali non figura il d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 7°.

Ammessa la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata per gli appalti pubblici di lavori di importo non superiore a € 100.000 ai sensi del d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 7°, occorre osservare che la disciplina del procedimento è contenuta nei sospesi art. 56 e 57, d.lgs.. n. 163/2006, cui l'art. 122, co. 7°,



d.lgs.. n. 163/2006 implicitamente rinvia ove non contiene una disciplina procedimentale speciale rispetto a quella generale di cui al d.lgs.. n. 163/2006, art. 56-57. La sospensione dell'entrata in vigore della nuova disciplina sulle procedure negoziate opera espressamente con riguardo agli «appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo» (d.lgs.. n. 163/2006, art. 253, co. 1-*ter* introdotto dal d.l. n. 173/2006, art. 1-*octies*, co. 1°, lett. *c*).

La questione dell'individuazione procedimento applicabile alla trattativa privata per l'aggiudicazione degli appalti di lavori di importo non superiore a € 100.000 deve essere esaminata con riferimento a quanto previsto dalla disciplina transitoria di cui al d.l. n. 173/2006, art. 1-*octies*, co. 2° e al d.lgs.. n. 6/2007, art. 1, co. 2°.

3.2 L'applicabilità della normativa, anteriore al *Codice dei contratti pubblici*, che disciplina la procedura negoziata per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori.

Contestualmente alla sospensione dell'efficacia delle disposizioni concernenti la procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (d.lgs.. n. 163/2006, art. 56-57), è stata prevista l'applicazione della relativa disciplina normativa precedente l'entrata in vigore del *Codice dei contratti pubblici*, onde evitare una lacuna normativa.

Si prevede, in particolare, che le disposizioni abrogate dal d.lgs.. n. 163/2006, art. 256, co. 1°, «riferite alle fattispecie» di cui al d.lgs.. n. 163/2006, art. 56-57, «continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso tra la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

data di entrata in vigore» della l. n. 228/2006 di conversione del d.l. n. 173/2006 e il 31 luglio 2007 (d.l. n. 173/2006, art. 1-*octies*, co. 2° e d.lgs. n. 6/2007, art. 1, co. 2°).

Il legislatore non individua puntualmente le disposizioni, inizialmente abrogate con l'entrata in vigore del *Codice dei contratti pubblici*, che trovano nuovamente applicazione nel periodo transitorio di sospensione del d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57, ma si limita a richiamare tutte le preesistenti norme «riferite» alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori con procedura negoziata (trattativa privata).

Il riferimento è da intendersi innanzitutto alla l. n. 109/1994, art. 24 recante la disciplina della trattativa privata per l'affidamento di lavori pubblici e per effetto del rinvio in essa contenuto al r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, art. 41, nonché al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*, art. 78 attuativo della disciplina legislativa in materia.

Come noto, le ipotesi tassative in cui la normativa nazionale precedente il *Codice dei contratti pubblici* consentiva l'esperimento della procedura negoziata o trattativa privata (l. n. 109/1994, art. 24) erano maggiormente restrittive di quelle consentite dalla previgente disciplina europea (dall'abrogata direttiva CE n. 93/37/CE, art. 7, § 2; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 1998, n. 1312; Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482) nonché di quelle definite dalla disciplina europea



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

attualmente vigente (art. 30 e 31, direttiva CE n. 2004/18/CE) e dalle disposizioni nazionali di recepimento la cui applicazione è sospesa almeno sino al 31 luglio 2007 (d.lgs.. n. 163/2006, art. 56-57).

Per quanto di interesse con riferimento al quesito posto, la possibilità di esperire la procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori di importo non superiore a € 100.000 era consentita tanto nella disciplina anteriore al *Codice dei contratti pubblici* (l. n. 109/1994, art. 24, co. 1°, lett. *0a*), quanto nell'attuale normativa (d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 7°). Pare pertanto irrilevante risolvere la questione della reviviscenza della l. n. 109/1994, art. 24, co. 1°, lett. *0a* ovvero dell'applicabilità del d.lgs.. n. 163/2006, art. 122, co. 7° in quanto disposizione non interessata dall'effetto sospensivo di cui al d.lgs.. n. 163/2006, art. 256, atteso che entrambe le soluzioni inducono a ritenere ammissibile la procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori di importo non superiore a € 100.000 (v. § 3.1).

Pare invece di interesse definire il procedimento di svolgimento della procedura negoziata cui non sono applicabili i sospesi art. 56-57, d.lgs.. n. 163/2006, bensì la preesistente disciplina di cui alla l. n. 109/1994, art. 24 e al d.P.R. n. 554/1999, art. 78.

4. Il procedimento di svolgimento della procedura negoziata per gli appalti pubblici di lavori di importo non superiore a € 100.000 nel periodo transitorio.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

La sospensione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57 non incide sul presupposto legittimante la procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori di importo non superiore a € 100.000, bensì sulla disciplina del procedimento di scelta del contraente che le disposizioni sospese del *Codice dei contratti pubblici* definiscono in maniera puntuale (cfr. d.lgs. n. 163/2006, art. 56, co. 2°-4° e art. 57, co. 6°) e alle quali lo stesso d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 7°, attualmente in vigore, rinvia.

Nell'indicato periodo transitorio con termine previsto al 31 luglio 2007, il procedimento di affidamento di lavori di importo non superiore a € 100.000 con procedura negoziata è pertanto disciplinato dal combinato disposto della l. n. 109/1994, art. 24 e del d.P.R. n. 554/1999, art. 78, inizialmente abrogati ma nuovamente applicabili ai sensi del d.l. n. 173/2006, art. 1-*octies*, co. 2° e del d.lgs. n. 6/2007, art. 1, co. 2°.

La l. n. 109/1994, art. 24, co. 5° e s., tuttavia non distingue tra la trattativa privata preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara e la trattativa privata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, mentre prevede l'esperimento di una gara informale con l'invito ad offrire inviato ad almeno quindici operatori economici e consente in taluni casi l'affidamento diretto senza pluralità di preventivi per le ipotesi di procedura negoziata di cui al co. 1°, lettere *a, b* e *c* ma nulla dispone con riferimento all'ipotesi di cui al co. 1°, lettera *0a* («lavori di importo complessivo non superiore a € 100.000») che qui interessa. L'unica previsione sul punto riguarda i requisiti di qualificazione degli aspiranti contraenti che sono gli stessi richiesti «per l'aggiudicazione di appalti di uguale



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

importo mediante pubblico incanto o licitazione privata» (l. n. 109/1994, art. 24, co. 3°, analogamente a quanto previsto dal d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 6°).

L'amministrazione aggiudicatrice che, durante il periodo transitorio di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 253, co. 1°-ter, intenda affidare un appalto pubblico di lavori di importo non superiore a € 100.000 con procedura negoziata è chiamata ad individuare le fasi essenziali del procedimento in assenza di una precisa disciplina legislativa al riguardo (cfr. T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, 9 giugno 2005, n. 2801).

L'individuazione delle fasi procedurali della procedura negoziata, attesa l'inapplicabilità della disciplina contenuta nel *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 56, co. 2°-4° e art. 57, co. 6°) per il periodo transitorio sino al 31 luglio 2007, deve essere condotta innanzitutto con riferimento ai principi applicabili all'aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla c.d. soglia europea di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 2, richiamato dal d.lgs. n. 163/2006, art. 121, ed espressi altresì nella Comunicazione interpretativa della Commissione CE *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»*, (in GUCE 1 agosto 2006, C 179/02).

Ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 2, «l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, [...] deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

pubblicità con le modalità indicate» nel *Codice dei contratti pubblici* e per quanto in esso non espressamente previsto, «le procedure di affidamento di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241» (Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303; T.a.r. Campania, sez. Napoli, 20 maggio 2003, n. 5868; C. giust. CE, sez. II, ord. 3 dicembre 2001, causa C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard c. Spottrup Boligselskab*, § 19-20).

La Comunicazione interpretativa della Commissione CE *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»* richiama i principi e le disposizioni del Trattato CE ed in particolare i principi di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione in base alla nazionalità da cui sorgono obblighi di trasparenza, pubblicità, adeguata apertura alla concorrenza e imparzialità, nonché il principio di tutela giurisdizionale.

I menzionati principi nazionali ed europei trovano attuazione nella disciplina di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria contenuta nel d.lgs. n. 163/2006, art. 121-122 anche con riferimento alla procedura negoziata o trattativa privata (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934; Cass., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17635; T.a.r. Basilicata, Potenza, 12 maggio 2007, n. 366; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. I, 27 dicembre 2006, n. 8175; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 17 marzo 2003, n. 784; T.a.r. Basilicata, Potenza, 11 giugno 2004, n. 541).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

L'amministrazione appaltante, nell'adempiere agli obblighi di pubblicità, può innanzitutto scegliere se avviare il procedimento con la pubblicazione di un bando di gara o con l'invio, che deve comunque essere simultaneo a tutela della parità di trattamento degli aspiranti contraenti, di un invito a presentare l'offerta nei confronti di un certo numero di operatori economici preventivamente individuati. Sul punto la scelta appare libera e non vincolata con riferimento ai presupposti legittimanti la procedura negoziata come prevedono i sospesi art. 56 e 57, d.lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2005, n. 1807).

L'eventuale pubblicazione del bando di gara avviene nelle forme semplificate previste per gli appalti pubblici di lavori di valore inferiore alla c.d. soglia di rilievo comunitario (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 5°): obbligatoriamente nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori e nell'albo della stazione appaltante, facoltativamente con ogni altra forma ritenuta idonea allo scopo (d.lgs. n. 163/2006, art. 66, co. 15°) mentre «gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione decorrono dalla pubblicazione nell'albo pretorio del Comune».

L'invito a presentare le offerte deve essere inviato contemporaneamente agli operatori economici, in possesso dei requisiti di qualificazione tecnico-professionale ed economico-finanziaria richiesti per la tipologia di lavoro oggetto dell'appalto, scelti dall'amministrazione appaltante secondo principi di trasparenza, concorrenza e rotazione (d.P.R. n. 554/1999, art. 78, co. 1°-2°). Il numero minimo di operatori economici da invitare alla c.d. gara informale è individuato dal d.P.R. n. 554/1999, art. 78, co. 4° secondo cui nei casi in cui la gara informale non sia obbligatoriamente imposta dalla legge «il numero dei



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

soggetti da invitare può essere inferiore a quello di legge, e comunque non inferiore a cinque» (essendo inapplicabile il minimo di tre di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 6°).

Il termine minimo per la ricezione delle offerte che decorre dalla pubblicazione del bando o dall'invio della lettera di invito a presentare offerte è stabilito dalle stazioni appaltanti tenendo conto «della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte, e in ogni caso rispettano i termini minimi stabiliti» dal *Codice dei contratti pubblici* che, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non possono essere inferiore a dieci giorni (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 6°, lett. *d*), salvo che il contratto abbia per oggetto anche la progettazione esecutiva o la progettazione definitiva (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 6°, lett. *e*), e, se la procedura è stata avviata con la pubblicazione del bando, salvo vi sia stato avviso di preinformazione (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 6°, lett. *f*) o vi siano ragioni di urgenza (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 6°, lett. *g*).

Il bando o la lettera di invito deve contenere una definizione non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto (c.d. specifiche tecniche) che non abbia cioè l'effetto di favorire determinati prestatori di servizi a scapito di altri (Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, 29 aprile 2004, *Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nell'indicazione delle specifiche tecniche degli appalti pubblici di forniture sotto soglia comunitaria*, in *G.U.*, 12 luglio 2004, n. 161 e Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2002, n. 1945); la fissazione di un congruo termine per la presentazione dell'offerta, sufficiente a consentirne l'elaborazione; la previsione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

di criteri di aggiudicazione (il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 82-83) che individuino gli elementi che saranno oggetto di valutazione con modalità tali da consentire una comparazione obiettiva delle offerte che devono necessariamente tradursi in parametri numerici; la pubblicità delle sedute della c.d. gara informale o ufficiosa (CONSIGLIO DI STATO – sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427 e TAR LOMBARDIA – MILANO – Sez. III - sentenza 26 luglio 2004, n. 3179; T.a.r. Abruzzo, Pescara, 23 marzo 2007, n. 341; T.A.R. LAZIO - ROMA - SEZIONE III TER - Sentenza 16 novembre 2006 n. 12491). La scelta del contraente consegue all'applicazione non discriminatoria dei criteri di aggiudicazione e deve pertanto essere motivata (Comunicazione interpretativa della Commissione CE, *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»* cit., § 2.2; v. Corte giust. CE, sez. II, 24 novembre 2005, causa C-331/04; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759; Id., 7 settembre 2001, n. 4673; T.a.r. Piemonte, sez. I, 14 gennaio 2004, n. 24, T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 10 aprile 2003, n. 471).

Il d.P.R. n. 554/1999, art. 78, co. 3° nel prevedere che «la stazione appaltante negozia il contratto con l'impresa che ha offerto le condizioni più vantaggiose» pare consentire che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati, a patto che il ricorso a tale facoltà sia indicato nel bando, nella lettera di invito o nel capitolato d'onori (cfr. d.lgs. n. 163/2006, art. 56, co. 4°; Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5818; Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

2006, n. 5745 ritiene che la richiesta d'integrazione dell'offerta originaria non può essere rivolta «ad una sola delle imprese concorrenti, in violazione dei principi di *par condicio*, pubblicità, trasparenza, logicità e imparzialità»). Ove invece non si voglia accogliere l'interpretazione proposta, la disposizione di cui al d.P.R. n. 554/1999, art. 78, co. 3° assume il significato minimo di ammettere la possibilità per l'amministrazione appaltante di richiedere un'ulteriore offerta migliorativa al concorrente aggiudicatario provvisorio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2003 n. 6072).

L'avviso sui risultati della procedura di affidamento dei lavori di importo non superiore a € 100.000 dovrà essere pubblicato con le stesse modalità previste per la pubblicazione del bando (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 3° e 5°).

È tuttavia utile precisare che la disciplina giuridica delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori c.d. sotto soglia è integrata dai regolamenti degli enti locali.

La disciplina statale ha infatti ad oggetto le «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art. 117, co. 2°, lett. *p*, Cost.), tra cui le procedure di scelta del contraente, ma deve rispettare e garantire l'autonomia organizzativa e normativa degli enti territoriali «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, co. 6°, Cost.). La disciplina statale in materia di contratti pubblici vincola gli enti territoriali limitatamente agli aspetti essenziali e quale standard minimo, ineludibile di tutela della concorrenza (art. 117, co. 2°, lett. *e, m, p*, Cost.) che gli enti territoriali possono integrare, esercitando l'autonomia regolamentare



riconosciuta loro espressamente dalla Costituzione (art. 117, co. 6°, Cost.). In assenza di fonti regolamentari statali o delle autonomie locali che siano attuative ed integrative della disciplina legislativa di cui agli art. 121 e 122, d.lgs. n. 163/2006, occorre applicare esclusivamente quest'ultima.

5. L'acquisizione in economia di lavori di importo non superiore a € 100.000.

Occorre infine ricordare che la sospensione dell'entrata in vigore della disciplina sulla procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori di importo non superiore a € 100.000 di cui al *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57) lascia impregiudicata la possibilità di ricorrere all'acquisizione in economia delle medesime prestazioni di lavori possibile oggetto di appalto qualora queste siano comprese in una delle tipologie di lavori per le quali è ammessa l'acquisizione in economia (d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 6°).

L'acquisizione in economia può avvenire per amministrazione diretta (se i lavori di importo non superiore a € 50.000) o con affidamento a terzi mediante stipulazione di un contratto di cottimo.

In particolare, la stipulazione del contratto di cottimo presuppone l'esperimento di una c.d. gara formale per la scelta del contraente (cottimista) che segue un procedimento analogo a quello della procedura negoziata per i contratti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

di appalto pubblico (il d.lgs.. n. 163/2006, art. 3, co. 40° dispone espressamente in tal senso).

La scelta del contraente con cui stipulare il contratto di cottimo avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei (in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente), individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. La lettera di invito deve contenere tutti gli elementi essenziali della prestazione da eseguire e indicare il criterio di aggiudicazione. È consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, senza previo esperimento di gara informale, per lavori di importo inferiore a € 40.000 (d.lgs.. n. 163/2006, art. 125, co. 8° e 12°; cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2005, n. 954).

6. Conclusioni.

Nel periodo transitorio delimitato dal d.lgs.. n. 163/2006, art. 253, co. 1-*ter* come modificato dal d.l. n. 173/2006, art. 1-*octies* e dal d.lgs.. n. 6/2007, art. 1 è sospesa l'entrata in vigore (o l'efficacia) delle disposizioni relative alla procedura negoziata con o senza pubblicazione di un bando di gara per gli appalti pubblici di lavori di cui al d.lgs.. n. 163/2006, art. 56-57.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Al fine di evitare lacune normative e di garantire la continuità normativa tra la nuova disciplina contenuta nel *Codice dei contratti pubblici* e la disciplina precedente, il d.l. n. 173/2006, art. 1-*octies*, co. 2° e il d.lgs. n. 6/2007, art. 1, co. 2° stabiliscono che le disposizioni abrogate dal d.lgs. n. 163/2006, art. 256, co. 1°, «riferite alle fattispecie» di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57, «continuano ad applicarsi per il periodo transitorio» il cui termine è previsto per il 31 luglio 2007.

Il presupposto normativo legittimante la procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori di importo non superiore a € 100.000 non è sottoposto all'indicato regime transitorio (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 7°) ma è interessato dalla disciplina transitoria per effetto del rinvio in esso contenuto alla disciplina del procedimento di svolgimento della procedura negoziata di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 56, co. 2°-4° e art. 57, co. 6°.

Nell'indicato periodo transitorio, il procedimento di affidamento di lavori di importo non superiore a € 100.000 con procedura negoziata risulta disciplinato dalla normativa anteriore al *Codice dei contratti pubblici* (l. n. 109/1994, art. 24 e del d.P.R. n. 554/1999, art. 78) che deve essere interpretata in conformità ai principi espressi dal d.lgs. n. 163/2006, art. 2, e dalla Comunicazione interpretativa della Commissione CE *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»*, ed integrata dalla disciplina di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria (d.lgs. n. 163/2006, art. 121-122) nonché eventualmente dai regolamenti adottati in materia



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

dall'amministrazione territoriale appaltante nell'esercizio della propria autonomia costituzionalmente garantita (art. 117, co. 6°, Cost.).

La procedura negoziata può essere avviata con la pubblicazione di un bando di gara o con l'invio di una lettera di invito a presentare l'offerta ad almeno cinque operatori economici che abbiano i necessari requisiti di qualificazione (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 5°; d.P.R. n. 554/1999, art. 78, co. 1°-2° e 4°). L'amministrazione appaltante deve stabilire un termine di ricezione delle offerte ragionevole e comunque non inferiore ai termini minimi definiti dalla legge (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 6°), definire in maniera non discriminatoria le specifiche tecniche oggetto del contratto, individuare il migliore contraente in applicazione di uno dei criteri di aggiudicazione definiti dal *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 82-83) ed infine pubblicare l'avviso sui risultati della procedura (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 5°).

Ove la prestazione di lavori di importo non superiore a € 100.000 richiesta sia riconducibile alle categorie di lavori definite dal d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 6°, l'amministrazione appaltante può acquisirla in economia, previa procedura negoziata per la scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto di cottimo (d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 8°), fermo restando il diverso regime di responsabilità derivante dall'esecuzione di lavori in economia rispetto all'affidamento con contratto di appalto pubblico.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Riteniamo con quanto detto di avere esaurito le questioni poste.
Rimaniamo comunque a disposizione per ogni chiarimento, integrazione o
approfondimento e cogliamo l'occasione per porgere i migliori saluti.